

Spam

Rettslig regulering av henvendelser via elektronisk post.

Kandidatnr: 186

Veileder: Lee A.Bygrave

Leveringsfrist: 25.04.03

Til sammen 11866 ord

(* se <http://www.jus.uio.no/sekr/studieinformasjon/fagsider/spesialoppgave/>)

27.05.2003

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	BAKGRUNN, PROBLEMSTILLINGER OG AVGRENSNINGER	1
1.2	RETTSKILDESITUASJONEN	3
1.2.1	LOVTEKST	3
1.2.2	FORARBEIDER	3
1.2.3	RETTSPRAKSIS OG FORVALTNINGSPRAKSIS	3
1.2.4	JURIDISK TEORI	4
1.2.5	REELLE HENSYN	5
1.2.6	UTENLANDSKE OG INTERNASJONALE RETTSKILDER	5
2	HENSYN BAK OG BAKGRUNN FOR EN RETTSLIG REGULERING AV SPAM	6
3	GJELDENDE RETT	9
3.1	INNLEDNING	9
3.2	MARKEDSFØRINGSLOVEN	11
3.2.1	MARKEDSFØRINGSLOVEN § 2 B	11
3.2.1.1	Hva anses som næringsvirksomhet?	12
3.2.1.2	Hva er en markedsføringshenvendelse?	13
3.2.1.3	Hvem anses som forbruker?	15
3.2.2	FORUTGÅENDE SAMTYKKE	16
3.2.2.1	Frivillig, uttrykkelig og informert samtykke	18
3.2.2.2	Tilbakekall av samtykke	21
3.2.2.3	Aktivt og individuelt samtykke	21
3.2.2.4	Samtykke fra barn	22
3.2.3	ANDRE KRAV TIL MARKEDSFØRINGSHENVENDELSEN	23
3.2.4	OMGÅELSE AV KRAVENE I MARKEDSFØRINGSLOVEN	25
3.2.4.1	Tips en venn	25
3.2.4.2	Løpende kundeforhold	27
3.3	PERSONOPPLYSNINGSLOVEN	29
3.3.1	PRESISERING AV PROBLEMSTILLING	29

3.3.2	ER EN E-POSTADRESSE EN PERSONOPPLYSNING?	30
3.3.3	HVA ER BEHANDLING AV PERSONOPPLYSNINGER?	33
3.3.4	VILKÅR FOR BEHANDLING AV PERSONOPPLYSNINGER	34
3.3.4.1	Opplysninger gitt i forbindelse med samtykke til markedsføringshenvendelser etter mfl § 2 b. 35	
3.3.4.2	Henvendelser som faller utenfor virkeområdet av mfl § 2 b.	36
3.3.5	DEN BEHANDLINGSANSVARLIGES INFORMASJONSPLIKT	38
3.3.6	UNNTAK FOR HENVENDELSER MED OPINIONSDANNENDE FORMÅL	39
4	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER	40
5	LITTERATURLISTE	42
6	LISTER OVER TABELLER, FIGURER M V	A

1 Innledning

1.1 Bakgrunn, problemstillinger og avgrensninger

I 1937 produserte Hormel Foods Corporation sin første boks med hermetisert skinke med varemerket SPAM. Et halvt århundre senere laget komikergruppen Monty Python en sketsj der en gruppe vikinger i kor sang "SPAM, SPAM, SPAM...." i et stadig økende crescendo, med den hensikt å drukne all annen konversasjon.¹ Da mange følte at det store og økende antall uoppfordret kommersiell elektronisk post² druknet all annen konversasjon på Internett, ble spam adoptert som betegnelse på disse henvendelsene. Dette er bakgrunnen for at spam i dag brukes som betegnelse for uoppfordret kommersiell e-post

I denne oppgaven vil begrepet spam eller spamming, for selve handlingen, brukes om masseutsendelser av informasjon via e-post til personer som ikke har ønsket en slik henvendelse. Det betyr at henvendelser med andre formål enn de man normalt forbinder med reklame også vil være omfattet. Den danske professoren i rettsvitenskap Mads Bryde Andersen definerer spamming som:

*"Internet-slang for handlinger, hvorved et stort antal enslydende e-post-meddelelser sendes uopfordret til et stort og ofte ukendt antal brugere, f.eks. deltagere i en Internet-nyhedsgruppe."*³

¹ Jfr. Hormel Foods hjemmeside www.hormel.com.

² Heretter omtalt som e-post. Elektronisk post defineres i Europaparlamentets-og Rådsdirektiv 2002/58/EF av 12.juni 2002 om databeskyttelse innen for elektronisk kommunikasjon som: "enhver meddelelse i form av tekst, stemmegengivelse, lyd eller bilde, som sendes via et offentlig kommunikasjonsnett, og som kan lagres i nettet eller i mottagerens terminalutstyr, indtil meddelelsen hentes af mottageren.

³ Andersen, Mads Bryde. IT-retten 1.utg.København 2001, s.58.

Innholdet i e-posten kan være reklame, informasjon eller ytringer av politisk eller idealistisk art, der formålet er å påvirke mottageren. Antallet likelydende henvendelser vil normalt være relativt stort. Den rettslige reguleringen av slike henvendelser er imidlertid ikke betinget av antallet henvendelser.

Oppgavens problemstilling er om og i hvilken grad gjeldende rett begrenser utsendelsen av henvendelser via e-post. Utgangspunktet for vurderingen er markedsføringsloven⁴ (mfl) § 2 b om begrensninger i bruk av visse kommunikasjonsmetoder.⁵ Formålet med redegjørelsen for denne bestemmelsen er å trekke opp grensene for hvilken henvendelser som faller inn under bestemmelsen og vise hvilke vilkår bestemmelsen oppstiller for lovlig utsendelse av e-post.

Jeg vil videre undersøke om og hvilken grad personopplysningsloven⁶ (pol) oppstiller ytterligere krav for utsendelse av slike henvendelser. Jeg reiser også problemstillingen om de henvendelsene som faller utenfor mfl § 2 b, reguleres av personopplysningsloven.

Et formål med oppgaven er å undersøke hvilke e-posthenvendelser en etter norsk rett lovlig kan sende til personer som ikke ønsker å motta slike. Fra hvem, og til hvilke personer kan eventuelt disse henvendelsene lovlig sendes? I avslutningen av oppgaven vil jeg knytte noen betraktninger til disse spørsmål.

Av hensyn til avhandlingens omfang er det nødvendig å foreta noen avgrensninger. E-posthenvendelser som etter sitt innhold eller formål strider mot straffelovgivningen vil ikke bli behandlet nærmere. Heller ikke sanksjoner etter markedsføringsloven og personopplysningsloven vil ikke bli behandlet. Dette gjelder også håndhevelsesproblemer ved sporing av avsenderen.

Kommunikasjonen via Internett er global. Avsender og mottaker av e-post kan befinne seg i ulike land. Dette reiser en rekke problemstillinger vedrørende jurisdiksjon som ikke behandles nærmere her. Regelverk i andre land vil dermed ikke behandles utover det som er nødvendig for forståelsen av norske regler.

⁴ Lov av 16 juni nr 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår.

⁵ Bestemmelsen av gjengitt nedenfor under punkt 3.2.

⁶ Lov av 14 april 2000 nr 31 om behandling av personopplysninger.

1.2 Rettskildesituasjonen

Jeg vil i dette kapittelet gi en oversikt over rettskildene på oppgavens rettsområde, samt knytte bemerkninger til rettskildesituasjonen der det er naturlig.

1.2.1 Lovtekst

Utgangspunktet for oppgavens drøftelse er mfl § 2 b. Denne bestemmelsen må imidlertid ses i sammenheng med de øverige reglene i markedsføringsloven, spesielt §§ 1 første og fjerde ledd, 4 og 9 litra a. I personopplysningsloven er en rekke av bestemmelsene anvendelige for oppgavens problemstillinger. Bestemmelsene om grunnkrav for behandling av personopplysninger § 11, jfr § 8 står sentralt, sammen med formålsbestemmelsen i § 1.

1.2.2 Forarbeider

Forarbeidene som er relevante for tolkningen av mfl § 2 b og § 1 fjerde ledd er Ot. Prp. nr. 62 (1999-2000) og Innst. O. nr. 19 (2000-2001). Ved tolkningen av mfl § 1 fjerde ledd vil også forarbeidene til forslag om ny lov om elektronisk handel være relevant, jfr Ot. Prp. nr 31 (2002-2003) og Innst. O. nr 75 (2002-2003) Forarbeidene til personopplysningsloven er NOU 1997:19, Ot. Prp. nr. 92 (1998-1999) og Innst. O. nr 51 (1999-2000).

1.2.3 Rettspraksis og forvaltningspraksis

Forvaltningspraksis har liten egenvekt og binder ikke domstolene. Argumenter i slik praksis vil imidlertid kunne gi anvisning på reelle hensyn.⁷ Der lovgiver i forarbeidene viser til forvaltningspraksis vil forvaltningsorganet forståelse kunne tillegges større vekt.⁸

⁷ Jfr. Eckhoff 1997.

⁸ Jfr for eksempel Ot. Prp. nr. 62 (1999-2000) punkt 5, der departementet viser til Markedsrådet og Forbrukerombudets praksis av markedsføringsbegrepet.

Det foreligger ingen relevant rettspraksis for de problemstillingene oppgaven reiser. Det foreligger noe relevant forvaltningspraksis.

Forbrukerombudet skal medvirke ved gjennomføringen av markedsføringsloven, jfr mfl § 10. Ombudets vedtak kan klages inn for Markedsrådet, jfr mfl § 14 fjerde ledd. Jeg viser til flere av Markedsrådets vedtak under drøftelsen av mfl § 2 b.

Datatilsynet er forvaltningens tilsynsorgan i forbindelse med håndheving av personopplysningsloven, jfr pol § 42. Klage over tilsynets vedtak behandles av Personvernemda, jfr pol § 43. Personvernemda ble opprettet i og med innføringen av personopplysningsloven. Det foreligger derfor lite praksis fra nemda. Ingen av nemdas vedtak belyser problemstillingene som reises i denne avhandlingen.

1.2.4 Juridisk teori

Juridisk teori har i seg selv liten rettskildevækt, men kan ha stor faktisk betydning ved tolkningen av rettsspørsmål.⁹ Eckhoff mener det er argumentets kvalitet som er avgjørende for vekten, ikke det at argumentet er hentet fra juridisk teori. Det foreligger lite juridisk teori om mfl § 2 b. Jeg har hentet argumentasjon fra Løchen 2003 og Borchert og Bøggild 2001(dansk)¹⁰. Av juridisk teori om personopplysningsloven har jeg hovedsakelig brukt Johansen m.fl 2001 og Schartum og Bygrave 2003.

⁹ Jfr. Eckhoff 1997 på side 265.

¹⁰ Danmark har, imotsetning til Sverige, valgt samme reguleringsløsning som Norge (jfr punkt 2). Det er derfor mer hensiktsmessig å hente argumenter i dansk enn svensk rett.

1.2.5 Reelle hensyn

Reelle hensyn er en vurdering av resultatets godhet¹¹ eller hensynet til hva som er rimelig.¹² Det er relativt lite rettskilder om de problemstillinger oppgaven reiser. Reelle hensyn og formålsbetraktninger vil derfor være retningsgivende der andre rettskilder ikke gir noe klart svar. Hensynene som begrunner en rettslig regulering av e-posthenverdeler behandles under punkt 2

1.2.6 Utenlandske og internasjonale rettskilder

Innføringen av mfl § 2 b er et resultat av implementeringen av Europaparlamentets- og Rådsdirektiv 97/7/EF om vern av forbrukere med hensyn til avtaler som inngås ved fjernsalg (fjernsalgsdirektivet).

Personopplysningsloven implementerer Europaparlamentets- og Rådsdirektiv 95/46/EF om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av sådanne opplysninger (personvendirektivet)

.Fjernsalgsdirektivet og personverndirektivet er implementert i EØS-avtalen.

Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2002/58/EF av 12.juli 2002 om behandling av personopplysninger og beskyttelse av privatlivets fred i den elektroniske kommunikasjonssektor, og Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2000/31/EF av 8.juni 2000 om visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked (E-handelsdirektivet) inneholder bestemmelser som faller inn under oppgavens rettsområde. Disse direktivene er ennå ikke implementert i EØS-avtalen.

EMK¹³ artikkel 8 om vern av privatlivets fred og artikkel 10 om vern av ytringsfriheten, vil belyse problemstillingene avhandlingen reiser.

¹¹ Jfr Eckhoff 1997 på side 357.

¹² Jfr. Fleischer 1998 på side 122.

¹³ Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon.

2 Hensyn bak og bakgrunn for en rettslig regulering av spam

Bruken av e-post i direkte markedsføring er et relativt nytt konsept. Fordelene for utsenderen ved denne formen for direkte markedsføring, i forhold til tradisjonelle markedsføringsformer, er for det først lave kopierings- og distribusjonskostnadene. Selve utsendelsen medfører tilnærmet ingen kostnader¹⁴. For det andre vil markedsføreren ha muligheten til å tilpasse sitt budskap til den enkelte mottager. Dette forutsetter en kunnskap om mottagers forhold. En økende bruk av elektroniske hjelpemidler medfører økte muligheter registrering av personopplysninger.¹⁵ Disse opplysningene danner grunnlag for markedsføring rettet mot personer i riktig målgruppe. For mottageren vil det være en fordel å få kunnskap om produkter som for ham er interessante. Samlet vil dette kunne gi en høyere omsetning i forhold til markedsføringskostnadene, og åpne for billigere og/eller bedre produkter for forbrukerne. Ut fra et markedsøkonomisk perspektiv, vil det derfor være i alle aktørers interesse at kun de som har nytte av den tilsendte informasjon, faktisk får den. Grunnen til at denne, tilsynelatende gunstige situasjon for alle, ikke oppstår i samfunnet i dag, er at de lave kostnadene forbundet ved e-postmarkedsføring medfører at markedsførere velger å sende til mottagere som ikke er interessert i informasjonen. Disse aktørene har ingen interesse av å følge markedets selv-regulering. Dette forklarer noe av den negative holdningen til markedsføring via e-post.

Internett er bygget opp på en slik måte at mottakeren av en e-post påføres kostnader. Den tiden det tar å hente frem, lese og slette en uønsket e-post kunne vært brukt på noe annet. Det påløper med andre ord et produktivitetstap. Dette tapet er vanskelig å beregne, men der slike henvendelser mottas av en arbeidstaker i arbeidstiden vil en slik beregning kunne foretas. E-posthenvendelser bruker en Internet Service Provider's(ISP)¹⁶ båndvidde og vil bære med seg en potensiell risiko for virus. Hva spamming koster mottakerene er vanskelig å beregne nøyaktig. En EU-undersøkelse

¹⁴ The National Office for the Information Economy (Australia) anslår kostnadene per henvendelse til ca en tiendedels øre.

¹⁵ Jfr. punkt 3.3.5. om bruk av personprofiler.

¹⁶ Tjenesteleverandøren av Internett-tjenesten.

anslår kostnadene på verdensbasis til rundt 75 milliarder norske kroner i året.¹⁷ Denne undersøkelsen tok kun hensyn til kostnader som følge av økt nedlastningstid og svekkelse i produktivitet.

Forarbeidene til mfl § 2 b begrunner en begrensning i markedsføringadgangen via e-post med det forhold at kostnader flyttes over på forbrukere i en større grad enn ved tradisjonell markedsføring.¹⁸

Et annet hensyn som begrunner regulering av henvendelser via e-post er hensynet til personvern. Personvernet beskytter en rekke interesser, blant annet interessen i å bestemme over tilgangen til opplysninger om egen person.¹⁹ Et middel for å oppnå en slik selvbestemmelse er å stille et krav til konfidensialitet, slik at spredningen av opplysninger begrenses til det nivå den enkelte selv ønsker. Kravet verner med andre ord den enkeltes interesse i ha kontroll med egne opplysninger. Privatlivets fred kan ses i sammenheng med dette kravet til konfidensialitet, ettersom beskyttelsen av privatlivet forutsetter at opplysninger om private forhold ikke spres til andre. En annen side av privatlivets fred, som ikke direkte kan sies å være en del av konfidensialitetskravet, er interessen i et fravær av uønskede forstyrrelser og oppmerksomhet. Hva som er uønsket må være opp til den enkelte å vurdere.²⁰

Den teknologiske utviklingen generelt og elektronisk post spesielt, øker faren for uønskede forstyrrelser. Personvern hensyn taler derfor for en rettslig regulering av e-posthenvendelser som begrenser inngrepet i privatlivets fred til et akseptabelt nivå. Samtykke fra mottakeren som vilkår for utsendelse tar hensyn at det vil variere hva de enkelte mottakere anser som forstyrrende. Fjernsalgsdirektivet viser til disse hensyn som begrunnelse for begrensninger i bruk av visse typer av kommunikasjonsmetoder i punkt 17 i fortalen. Her uttales det at prinsippene i EMK artikkel 8 og 10 bør tas i betraktning og at det "... er nødvendig å anerkjenne forbrukerens rett til vern av sitt privatliv, særlig i forhold til visse, særlig pågående kommunikasjonsmetoder."

¹⁷ Jfr Commission of the European Communities Unsolicited Commercial Communications and Data Protection: Summary of Findings January 2001 på side 9.

¹⁸ Jfr. Ot. Prp. nr. 62 (1999-2000) punkt 3.3.7.3.

¹⁹ For en grundig redegjørelse av disse ulike interessene i personvernteori, se Schartum og Bygrave 2003 kapittel 2.

²⁰ Jfr Schartum og Bygrave 2003 kap. 2.4.2.4.

Ved implementeringen av fjernsalgsdirektivet i norsk rett, hadde lovgiver som nevnt over valgmuligheter i forhold til den rettslige reguleringen. Direktivet krever at medlemslandene som et minimum skal innføre en såkalte opt-out²¹ løsning.

Denne løsningen legger den aktive handling til mottageren. Den forutsetter opprettelsen av et reservasjonsregister²². Mottager oppgir i registeret at han ikke vil motta henvendelser via sin e-postadresse, og utsenderen pålegges å kontrollere og respektere dette. Utsenderen kan lovlig sende informasjon til alle som ikke har registrert seg. I utsendelsen må det klart fremgå hvordan mottager kan hindre fremtidige henvendelser gjennom registrering i reservasjonsregisteret.

Den andre løsningen, såkalt opt-in²³, innebærer en et sterkere vern av potensielle mottakere. Her må utsenderen foreta den aktive handlingen. Den består i å innhente forhåndssamtykke fra mottageren. Lovgiver valgte denne løsningen og begrunnet valget i de kostnadene og ulempene slike e-posthenvendelser påfører mottakerene.²⁴

Der den rettslige reguleringen ikke fungerer etter sin hensikt, vil en kunne beskytte seg mot forstyrrelser ved å benytte tekniske løsninger.²⁵ Slike anti-spam programmer tar normalt utgangspunkt i karakteristika i spam. Programmene kan stoppe henvendelser som sendes i stort antall eller inneholder spesielle ord. Henvendelser fra avsenderadresser som tidligere er brukt til spam kan blokkeres. Det er også mulig å benytte programmer som bekrefter at avsenderen er en fysisk person og ikke en maskin. Felles for alle disse og andre programmer er at de ikke virker totalt tilfredsstillende. Enten slipper noen uønskete henvendelser frem til mottakeren, eller som sperrer programmene henvendelser som mottakeren ønsker skal komme frem. Fraværet av tilfredsstillende tekniske reguleringsmuligheter kan neppe sies å være noe viktig argument for en rettslig regulering. De tekniske mulighetene vil imidlertid kunne være et alternativ der den rettslige reguleringen av ulike grunner ikke strekker til.²⁶

²¹ Blant andre Sverige og Island har valgt denne løsning.

²² Reservasjonsregisteret i Brønnøysund benyttes til dette i forhold til direkte markedsføring av post og over telefon, jfr pol § 26.

²³ Blant andre Danmark og Finland har valgt denne løsning

²⁴ Jfr. Ot .prp. nr.62 (1999-2000) punkt 3.3.7.3

²⁵ Eksemplene på tekniske løsninger er hentet fra www.spam.abuse.net.

²⁶ For eksempel ved problemstillinger rundt jurisdiksjon og håndhevelse.

3 Gjeldende rett

3.1 Innledning

Ytringsfriheten i norsk rett sikres i hovedsak av Grunnlovens § 100 og EMK²⁷ art 10. Prinsippet om ytringsfrihet er det klare utgangspunkt også ved ytringer via e-post. Ulike hensyn medfører at en rekke regelverk innskrenker denne friheten. De begrensninger som følger av mfl § 2 b er begrunnet i hensynet til forbrukervern. Dette gjelder så vel det forhold at forbrukere på føres kostnader²⁸, som at begrensningene verner om privatlivets fred²⁹. I personopplysningsloven er hensynet til ytringsfriheten eksplisitt uttalt, jfr pol § 7.³⁰ Disse hensyn er så tungtveiende at lovgiver har gitt regler som innskrenker ytringsfriheten. Forholdet til ytringsfriheten vil kunne være et argument mot utvidende tolkning av bestemmelser i markedsføringsloven og personopplysningsloven.³¹

Markedsføringsloven regulerer reklame og som skissert ovenfor, er spam et middel for å reklamere. 1 mars 2001 trådte mfl § 2 b i kraft som følge av implementeringen av fjernsalgsdirektivet i norsk rett. Bestemmelsen er gjengitt i sin helhet nedenfor under punkt 3.2.1. Den oppstiller et krav om forhåndssamtykke for utsendelse av markedsføringshenvendelser via e-post. Ved avgivelse av et slikt samtykke vil forbrukeren gi fra seg e-postadresse og eventuelt andre opplysninger. Figuren under illustrerer denne sammenhengen mellom mottakelse av markedsføringshenvendelse og avgivelse av opplysninger. Figuren illustrerer det eksempelet fra Nycomed Pharma (se vedlegg) jeg fant da jeg leste Dagens Næringslivs nettutgave 3 februar 2003.

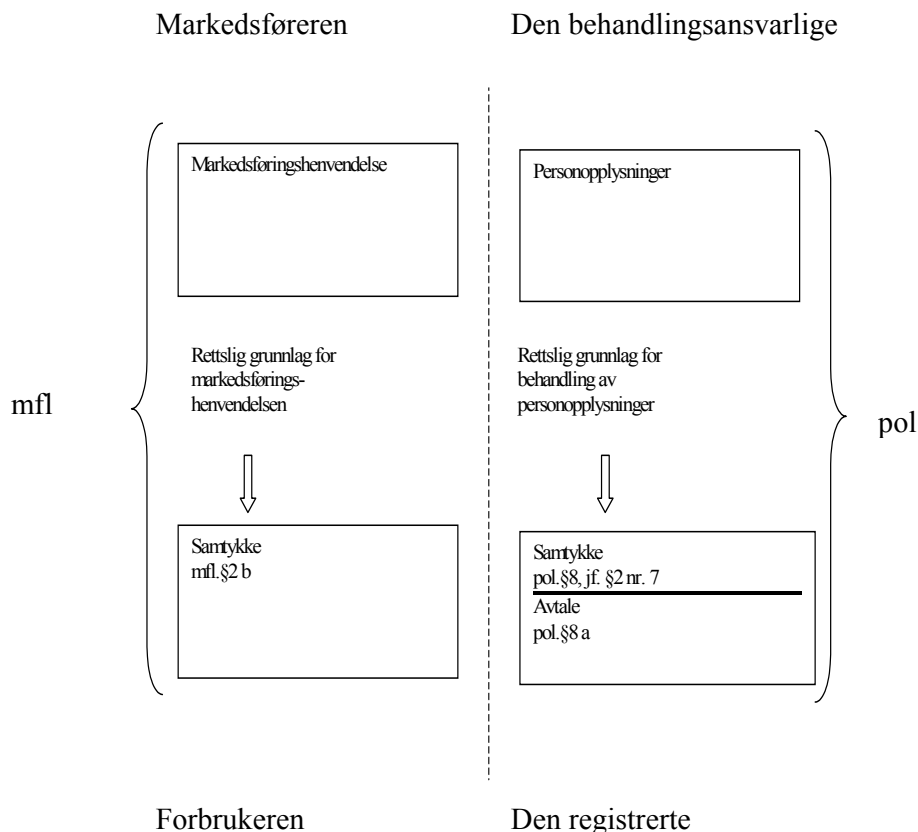
²⁷ Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon

²⁸ Jfr. Ot. Prp. nr. 62 (1999-2000) punkt 3.3.7.3.

²⁹ Jfr. Fjernsalgsdirektivet, fortalens nr 17.

³⁰ Jfr. nedenfor under punkt 3.3.6

³¹ Jfr. Markedsrådets vedtak: MR-1977-4 og MR-1995-9 der også Sivilombudsmannen uttaler seg om markedsføringslovens forhold til ytringsfriheten.



Markedsføringsloven regulerer, som forsøkt illustrert over, informasjonen fra annonsør til forbrukeren. Det rettslig grunnlag for å lovlig sendt markedsføring via e-post er samtykke etter mfl § 2 b. Markedsføringslovens regulering behandles under punkt 3.2. Personopplysningsloven regulerer den informasjonen forbrukeren gir fra seg. Det vil i Nycomedeksempelet over være det som fylles ut i de åpne feltene. Under punkt 3.3 behandles personopplysningslovens regulering av disse opplysningene. Her drøftes også i hvilken grad personopplysningsloven får anvendelse på e-posthenvendelser som faller utenfor markedsføringslovens anvendelsesområde.

3.2 Markedsføringsloven

3.2.1 Markedsføringsloven § 2 b

Markedsføringsloven § 2 b forhindrer næringsdrivende å anvende visse kommunikasjonsmetoder, deriblant e-post, for markedsføringshenvendelser til forbrukere uten først å ha innhentet samtykke. Bestemmelsen er en gjennomføring av fjernsalgsdirektivets artikkel 10 i norsk rett og har som formål å beskytte forbrukere mot direkte og individuell markedsføring ved bruk av telekommunikasjonsmetoder. Reguleringen gjelder kun metoden som tas i bruk, selve innholdet i henvendelsen reguleres av andre bestemmelser i markedsføringsloven (jfr punkt 3.2.3). Innholdet vil imidlertid kunne være av avgjørende betydning i forhold til spørsmålet om det foreligger en markedsføringshenvendelse.

Markedsføringsloven § 2b lyder som følger:

”§ 2 b. Begrensninger i bruk av kommunikasjonsmetoder.

Det er forbudt i næringsvirksomhet uten mottakerens forutgående samtykke å rette markedsføringshenvendelser til forbrukere ved hjelp av telekommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon, som for eksempel elektronisk post, tekstmelding til mobiltelefon eller automatisk oppringningssystem (talemaskin).

Krav om forhåndssamtykke etter første ledd gjelder likevel ikke for markedsføring der forbrukeren kontaktes muntlig ved hjelp av telefon.

Departementet kan ved forskrift gi nærmere bestemmelser om hva som omfattes av første ledd.”

Avsenderen av en henvendelse etter denne bestemmelsen er en som omfattes av begrepet næringsvirksomhet, eller det vi normalt betegner som en næringsdrivende. Mottageren av henvendelsen vil være en forbruker. Andre henvendelser enn ”markedsføringshenvendelser”, til andre enn “forbrukere” og utenfor “næringsvirksomhet” vil følgelig være tillatte etter markedsføringsloven. Jeg vil nedenfor under punkt 3.3 se på hvorvidt personopplysningsloven vil kunne komme til

anvendelse på slike henvendelser. Rekkevidden av disse tre begrepene vil drøftes her, mens forståelsen av ”forutgående samtykke” redegjøres for nedenfor under 3.2.2.

3.2.1.1 Hva anses som næringsvirksomhet?

Næringsvirksomhetsbegrepet i markedsføringsloven er forsøkt definert i § 19, men denne bestemmelsen sier bare at det ikke utgjør noen forskjell om det er den næringsdrivende selv, eller noen som opptrer på hans vegne, som utfører handlingen, i dette tilfelle en markedsføringshenvendelse. Dette vil si at næringsdrivende ikke kan omgå bestemmelsen ved å bruke konsulenter eller lignende til utsendelser av markedsføringshenvendelser. Spørsmålet om hvem som representerer en næringsvirksomhet byr sjelden på problemer, og er her heller ikke av stor interesse.³²

Det er av større interesse å definere hva som er ”næringsvirksomhet”. Vil alle virksomheter være ”næringsvirksomhet” eller kan det tenkes unntak? En naturlig språklig forståelse av begrepet vil kunne være å begrense seg til virksomheter som tilbyr produkter, fast eiendom eller tjenester, med formål om inntjening og fortjeneste. Fjernsalgsdirektivet bruk av uttrykket ”inntektsgivende virksomhet” i artikkel 2 nr 3, jfr artikkel 10 kan indikere en slik forståelse. Av mfl 19 første ledd annet punktum, fremgår det imidlertid av at også næringsvirksomheter som ”ikke tar sikte på fortjeneste” omfattes av lovens formulering. Dermed vil f.eks vitenskapelige eller ideelle organisasjoner kunne omfattes næringsvirksomhetsbegrepet. Ved vurderingen av om virksomheter, som driver religiøs-, politisk-, faglig- eller foreningsaktivitet uten fortjenesteformål, er ”næringsvirksomheter” etter mfl § 2 b, må det tas hensyn til innholdet i henvendelsen.

Der virksomhetens henvendelse er typisk markedsføring eller konkurrerer med andres markedsføring, vil virksomhet kunne betraktes som næringsvirksomhet. Markedsrådet fant i sak nr. 6/1992 at en kommune måtte være å betrakte som næringsvirksomhet i forbindelse med utleie av parkeringsplasser. Rådets argument er at der kommunen er i et

³² For nærmere redegjørelse av dette, se Løchen (2003) side 244.

konkurransforhold med private aktører, må begge virksomhetene underlegges de samme reglene i markedsføringsloven.

Avgrensningen av næringsvirksomhetsbegrepet må ses i sammenheng med avgrensningen av “markedsføringshenvendelse”. Det vil i ofte være lettere å avgjøre om en henvendelse er markedsføring, enn om avsenderen skal betraktes som næringsvirksomhet. Generelt vil det eneste som kan sies å klart falle utenfor begrepet være politiske organisasjoner.³³

3.2.1.2 Hva er en markedsføringshenvendelse?

Henvendelser som den næringsdrivende selv og mottakeren umiddelbart anser som reklame vil klart falle innenfor begrepet. Henvendelser med oppfordring til kjøp eller presentasjon av produkter til gitte priser vil således være kjerneområde for begrepet. Det er imidlertid lagt til grunn en videre forståelse av begrepet i forarbeidene.³⁴ Her uttales det at også det som i normal språkbruk omtales som informasjon vil kunne være markedsføring i markedsføringslovens forstand. Det avgjørende vil således ikke være hva man kaller henvendelsen, men i hvilken hensikt den sendes og hvilket innhold den har. Løchen 2003 mener begrepet “...omfatter enhver henvendelse som har elementer av markedsføring i seg...”³⁵. Dette harmonerer godt med bestemmelsens formål og viser også at det er vanskelig å sette opp klare grenser for hva som er markedsføring. I tvilstilfeller vil det alltid bero på en konkret tolking om henvendelsen faller innenfor begrepet.

Løchen 2003 nevner “kundeinformasjon” som et eksempel på det å kalle markedsføring noe annet. Det Løchen sannsynligvis her sikter til er ren informasjon om næringsvirksomheten, med ønske om å påvirke nåværende og potensielle kunder.

³³ Jfr Markedsrådets vedtak MR-2001-23 og MR-1999-15. Henvendelser fra slike organisasjoner vil normalt også være unntatt fra markedsføringsbegrepet ut fra hensynet til ytringsfriheten, jfr straks nedenfor.

³⁴ Jfr Ot.prp.nr 62 (1999-2000) punkt 5, merknader til § 2 b.

³⁵ Jfr Løchen (2003) side 90

Informasjon fra en bank om at nå er den størst i Norge eller at en markedsundersøkelse har slått fast at banken har de beste lånebetingelsene, vil være slik informasjon. Et godt utgangspunkt for om slik informasjon skal anses som markedsføring, er å spørre seg om henvendelsen har til formål, nå eller i fremtiden, å omsette varer eller tjenester.

Forbrukerombudet har dette som utgangspunkt for sin praksis av markedsføringsbegrepet. Dette har ingen relevans og vekt utover det at det kan være et utgangspunkt for tanken i form av et reelt hensyn. Retter banken henvendelse til nåværende kunder med informasjon om forhold som kan innvirke på kundeforholdet, er det mulig vurderingen blir en annen. Jeg vil under punkt 3.2.4.2 drøfte om henvendelser med informasjon i et løpende kundeforhold vil falle utenfor bestemmelsen, enten på grunnlag av avtaleforhold eller avgrensningen av markedsføringsbegrepet.

Forholdet til ytringsfriheten vil, som nevnt i innledningen, kunne være til hinder for å tolke markedsføringsbegrepet for vidt. Spørsmålet er dermed hvor en skal avgrense markedsføringsbegrepet mot meningsytringer som er vernet av ytringsfriheten.

Markedsrådet uttaler i MR-1977-4 at markedsføringsloven må tolkes "...med den begrensning at den ikke finner anvendelse på reklame som har til formål å påvirke almenhetens vurdering eller oppfattelse av generelle samfunnsspørsmål." Bortsett fra bruken av ordet reklame, som trekker tankene i retning av ytringer med formål om avsetning av varer og tjenester³⁶, har uttalelsen mye for seg. Ved vurderingen av om henvendelsen bør vernes av ytringsfriheten vil det være naturlig ta i betraktning hvem som er avsender. Om avsenderen er en organisasjon eller forening med formål om å ivareta særlige interesser eller opptre som kommersiell markedsaktør vil være en indikasjon på hva formålet med henvendelsen er.

Det uttales i forarbeidene at Opinions- og markedsundersøkelser ikke anses som markedsføring i lovens forstand, med mindre undersøkelsene direkte er knyttet til markedsføring.³⁷ Innsamlingsaksjoner er etter en naturlig forståelse av lovens ordlyden og formålsbetraktninger ikke omfattet av markedsføringsbegrepet.

³⁶ Se for eksempel ICC's grunnregler for reklamepraksis' definisjon av reklame.

³⁷ Jfr. Ot.prp. 62 punkt 3.3.4.3

3.2.1.3 Hvem anses som forbruker?

Forbrukerbegrepet finner vi i mange lover og brukes også i flere bestemmelser i markedsføringsloven. Markedsføringsloven har ingen egen definisjon av forbrukerbegrepet. I norsk rett har en tidligere ikke hatt noe enhetlig forbrukerbegrep. I forbindelse med innføringen av lov om forbrukerkjøp av 21.juni 2002 nr 34 ble det tatt sikte på å innføre et enhetlig forbrukerbegrep i norsk lovgivning. Forbrukerkjøpsloven § 1 tredje ledd definerer forbruker som ”en fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet”. Dette ligger vel nært opp til den alminnelige oppfattelse av begrepet. Forarbeidene til markedsføringsloven § 2 b sier ikke noe om hvordan ”forbrukere” skal forstås. Grunnen til dette er nok at forbrukerbegrepet har vært en del av markedsføringsloven i lang tid og at praksis fra disse bestemmelsene bør legges til grunn også her.

Markedsføringshenvendelser for forbrukervarer til private adresser, der verken adressens utforming eller annen kunnskap tilsier at adressen brukes i næringsvirksomhet, vil selvsagt klart rammes. Dette vil typisk være tilfelle der barnevogner markedsføres overfor en hotmail-adresse.

De fleste næringsdrivende i dag har en e-post-adresse der virksomhetens navn fremgår, f.eks <ola.nordmann@statoil.no>. Henvendelser til denne adressen vil i utgangspunktet betraktes som en henvendelse til næringsdrivende. Dette vil være klart der f.eks innkjøpssjefen i Linjegods får markedsføringshenvendelser om vogntog til sin virksomhetsadresse.

Ved vurderingen av forbrukerbegrepet er det viktig å se det i sammenheng med den aktuelle bestemmelsen. Forarbeidene slår fast at bestemmelsen ikke skal ramme henvendelser til næringsdrivende.³⁸ Grensen mellom forbrukere og næringsdrivende vil derfor være avgjørende for om bestemmelsen kommer til anvendelse.

³⁸ Jfr Ot.prp. nr 62 (1999-2000) punkt 3.3.4.2. Uttalelsene her viser også hvordan man i markedsføringsloven kun opererer med to typer subjekter. Det vil si at man enten er næringsdrivende eller forbruker.

Det er ikke unormalt at næringsdrivendes adresser også brukes til å sende og motta informasjon av privat karakter. Derfor vil det å trekke en skarp grense mellom forbruker og næringsdrivende på bakgrunn av adresseutformingen medføre urimelige resultater. Henvendelsen vil kunne være rettet mot innehaveren som forbruker og dermed ikke tilfredsstille bestemmelsens formål om forbrukerbeskyttelse. Det avgjørende i slike tilfeller vil være om den aktuelle varen eller tjenesten, eventuelt næringsvirksomheten, i det konkrete tilfelle retter seg til innehaveren av adressen som forbruker eller i egenskap av hans arbeidsforhold.

Denne forståelsen av forbrukerbegrepet får ingen innvirkning på kravene til innsamlingen av samtykke fra forbrukere. Det vil ikke være lovlig å kontakte næringsdrivende på deres e-postadresse med forespørsel om de vil motta markedsføringshenvendelser som forbrukere.

3.2.2 Forutgående samtykke

Mottakerens forutgående samtykke er et grunnleggende krav for utsendelse av markedsføringshenvendelse ved hjelp av e-post. I ”forutgående” ligger det at samtykket må foreligge forut i tid i forhold til henvendelsen. Dette medfører at samtykke ikke kan innhentes i selve markedsføringshenvendelsen, selv om samtykkeforespørselen innleder henvendelsen. Samtykke kan heller ikke innhentes gjennom bruk av e-post eller andre kommunikasjonsmidler som omfattes av § 2 b første ledd. Dette fremgår klart av forarbeidene³⁹ og harmoniserer godt med bestemmelsens formål om at forbrukere skal skjermes mot direkte markedsføring.

Samtykke er ikke definert i loven, men kravene til et gyldig forhåndssamtykke er behandlet i forarbeidene.⁴⁰ Det vises her til pol § 2 nr 7 som definerer ”samtykke” som ”...en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring...” fra en person. Denne bestemmelsen gjelder samtykke til behandling av personopplysninger, men

³⁹ Jfr Ot.prp. nr 62 (1999-2000) punkt 3.3.10

⁴⁰ Jfr Ot.prp. nr 62 (1999-2000) punkt 3.3.10

departementet antar i forarbeidene at "...den generelle forståelsen av samtykkebegrepet også bør kunne legges til grunn når det gjelder samtykke til å motta markedsføring...".⁴¹ Dette medfører at retningslinjene for gyldig samtykke etter personopplysningsloven også vil kunne legges til grunn for bestemmelsen av samtykke etter markedsføringsloven.

Samtykkekravet i personopplysningsloven følger av personverndirektivets⁴² artikkel 2 litra h, og er et sentralt element i loven. Formålet med loven er å sikre den enkelte mot for store inngrep i selvvråderetten over opplysninger om seg selv.⁴³ Etter personopplysningslovens § 8 kan personopplysninger også behandles lovlig dersom det er fastsatt i lov eller er nødvendig for ivaretagelse av andre oppstilte interesser. Jeg vil se nærmere på dette nedenfor under 3.3. Lovgivers intensjon er likevel at behandling av personopplysninger fortrinnsvis skal baseres på samtykke, ettersom det er ønskelig at enkeltpersoner skal ha kontroll over opplysninger om seg selv.⁴⁴ Det er imidlertid viktig å være oppmerksom på at samtykkebegrepet i personopplysningsloven er en del av et større regelverk og at dette regelverket ikke på samme måte utfyller samtykkebegrepet i markedsføringsloven. Etter personopplysningsloven vil jeg ikke kunne samtykke i at en annen kan samle inn alle tilgjengelig opplysninger om meg. Dette beror ikke på kravene til samtykke, men på kravet til saklighet i pol § 11 litra b. Dette saklighetskravet vil ikke gjelder etter markedsføringsloven. Etter personopplysningsloven vil også Datatilsynet tre inn i den registrertes mulighet til å gi samtykke ved behandlingen av "sensitive personopplysninger" og der behandlingen "åpenbart vil krenke tungtveiende personverninteresser", etter konsesjonsreglene i pol § 33.

Hvilke krav som skal stilles til et samtykke har vært gjenstand for atskillig diskusjon, både i Norge og i EU. Behovet for klargjøring og presisering førte derfor til innføring av en legaldefinisjon i personverndirektivet, med uttrykkelig angivelse av kravene til frivillighet, uttrykkelighet og informasjon. Legaldefinisjonen var ny i og med

⁴¹ Jfr Ot.prp.nr 62 (1999-2000) punkt 3.3.10

⁴² Europaparlamentets- og Rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger.

⁴³ Jfr. Johansen m.fl 2001, på side 72

⁴⁴ Jfr. Johansen m.fl 2001, på side 97

vedtagelsen av personopplysningsloven, selv om samtykke ble benyttet som rettslig grunnlag etter den tidligere personregisterloven.⁴⁵ Definisjonen setter rammer for kravene, men som drøftelsen nedenfor vil vise, knytter det seg stadig usikkerhet til disse kravene.

En markedsføringshenvendelse fra en næringsdrivende til en forbruker sendt via e-post vil derfor kun være lovlig, dersom samtykke til å motta informasjonen tilfredsstiller de krav som er oppstilt i pol. § 2 nr 7. Et samtykke er således:

”en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte om at han eller hun godtar behandling av opplysninger om seg selv”

Ettersom bestemmelsen i markedsføringsloven gjelder samtykke til å motta informasjon, vil det her være en erklæring fra forbrukeren om at hun eller han godtar at næringsvirksomheten sender markedsføringshenvendelse.

3.2.2.1 Frivillig, uttrykkelig og informert samtykke

Det er forbrukeren selv som skal gi sitt samtykke, men det er ingenting i veien for at det kan gis gjennom bruk av fullmakt. Det må imidlertid være klart at samtykke er frivillig, uttrykkelig og informert. Det stilles ingen formkrav til et samtykke, det kan gis muntlig, skriftlig eller elektronisk. I kravet til *uttrykkelighet* ligger det et vilkår om at det ikke skal være tvil om at samtykket er gitt og hvilket innhold samtykket har. For å lette avsenders bevisbyrde vil imidlertid skriftelighet, enten på papir eller elektronisk, være å foretrekke.⁴⁶

Kravet til *frivillighet* innebærer at samtykke ikke må være avgitt under noen form for tvang eller press. Etter Forbrukerombudets praksis er samtykke som kontraheringsvilkår ansett å være i strid med kravet om frivillighet. Spesielt vedrørende varer og tjenester

⁴⁵ Jfr. Ot. prp. nr. 92 (1998-1999) side 103, og personregisterloven § 33 annet ledd.

⁴⁶ I Europaparlamentets- og Rådsdirektiv 2002/58/EF om behandling av personopplysninger og beskyttelse av privatlivets fred i den elektroniske kommunikasjonssektor uttales det i fortalens nr 17 at samtykke kan gis ved å krysse av i en avkryssningsrute.

som ikke er enkelt erstatte med andre, kommer hensynet til forbrukerbeskyttelse sterkt inn. I eksempelet over er gratis vareprøver brukt som et lokkemiddel for innhenting av samtykke. Frivillighetskravet strekkes ikke så langt at forbrukeren ikke kan oppnå fordeler ved avgivelse av samtykke. Også ulike former for rabatter vil kunne brukes som slike fordeler. Legges det imidlertid store begrensninger i mulighetene til å velge varer og tjenester til full pris, vil en nærme seg et kontraheringsvilkår. Slike forhold vil også kunne anses som urimelig avtalevilkår i strid med mkl § 9 litra a. Fordelene vil kunne stride mot bestemmelsene om tilgift i mfl § 4 andre ledd dersom samtykket omfatter forhold som går utover det som naturlig følger av kjøpsavtalen.⁴⁷

Kravet til *informert* samtykke innebærer at forbrukeren skal forstå hva det avgitte samtykke innebærer, hva han samtykker til. Dermed må avsender gi forbrukeren tilstrekkelig informasjon til at forbrukeren skal kunne vurdere rekkevidden av det han samtykker til.

Ut fra kostnadshensynet er det grunn til å gi informasjon om hyppigheten av henvendelser. Hvilke typer varer og tjenester henvendelsene gjelder vil også normalt være avgjørende for om forbrukeren ønsker henvendelsen. I eksempelet i vedlegget ber Nycomed om samtykke til å sende informasjon om kosttilskudd fra Nycomed. Her er det lett for forbrukeren å se rekkevidden av de produkter han vil motta informasjon om. I dette henseende er samtykke informert.

Uttrykket ”informasjon” er det derimot ikke like lett å se rekkevidden av. Innebærer dette å motta kun en henvendelse, en henvendelse i måneden, en i hver uke eller en hver dag? Det kan derfor argumenteres for at dette ikke tilfredsstiller kravet til et informert samtykke. Skulle man bruke det samme uttrykket i en samtykke-erklæringen for behandling av personopplysninger etter personopplysningsloven, ville samtykke vært omtrent; ”Ja, jeg godtar at du behandler informasjon om meg.” Her vil neppe kravet til informert samtykke være oppfylt etter personopplysningsloven, ettersom denne ordlyden gir rom for alternative tolkninger. Av hensyn til forutberegnelighet for den registrerte er det gode grunner for å tolke kravet til informert samtykke med en slik grad av streghet. Hensynet bak reglene om den behandlingsansvarliges informasjonsplikt

⁴⁷ Jfr. Ot. Prp. nr. 62 (1999-2000) punkt 3.3.10.

etter pol §§ 19 og 20 støtter også opp om en slik forståelse. Den behandlingsansvarlige skal her blant annet opplyse om formålet med behandlingen. På bakgrunn av dette skal den registrerte kunne gjøre seg opp en mening om han vil gi fra seg opplysningene eller ikke (jfr. nedenfor under punkt 3.3.5).

Spørsmålet blir så om en skal legge en like streng tolkning til grunn etter markedsføringsloven, eller om det finnes hensyn som taler for en noe lempeligere fortolkning. I forarbeidene åpnes det for en slik mulighet gjennom en generell reservasjon, som hverken presiseres eller eksemplifiseres nærmere:

”Det må likevel tas i betraktning at ulike hensyn vil gjøre seg gjeldende når man stiller krav til et samtykke til behandling av personopplysninger, i forhold til et krav til samtykke til å få markedsføringshenvendelser”.⁴⁸

For å belyse hvilke ulike hensyn som kan gjøre seg gjeldene, kan det være naturlig å ta utgangspunkt i de faktiske forskjellene i hva samtykket retter seg mot. Før det første gjelder samtykke etter personopplysningsloven informasjon om den registrerte selv, mens samtykke etter markedsføringsloven gjelder informasjon om en vare eller tjeneste. For det andre vil et samtykke etter personopplysningsloven gi en følelse av innskrenkning i selvråderetten over informasjon om seg selv, mens samtykke etter markedsføringsloven medfører kostnader og en forstyrrelse i privatlivets fred.⁴⁹ Ser man disse faktiske forskjellene i sammenheng vil nok en overskridelse av samtykke etter personopplysningsloven for de fleste medføre en større belastning enn en overskridelse av samtykke etter markedsføringsloven, selvsagt avhengig av graden av overskridelse. For det tredje vil en forbruker selv oppdage når informasjonen som mottas er av en slik art eller omfang, at den overskrider det samtykke forbrukeren selv mener å ha gitt. I forlengelsen av dette har forbrukeren en relativt enkel mulighet til å hindre en videre overskridelse ved å tilbakekalle samtykket. Den registrerte vil ofte ha større vanskeligheter med å oppdage at samtykket er overskredet. Behandlingen av opplysningene vil normalt foregå hos den behandlingsansvarlige. Den registrertes

⁴⁸ Jfr Ot. prp. nr 62 (1999-2000) punkt 3.3.10

⁴⁹ Jfr over under punkt 3

kontrollmulighet ivaretas av reglene om innsynsrett etter § 18, men innsyn vil normalt ikke kreves før den registrerte får et incitament til å gjøre den gjeldene.

Disse hensyn og de faktiske forskjeller utgjør gode argumenter for å legge til grunn en noe lempeligere tilnærming til kravene for et gyldig samtykke etter markedsføringsloven. Usikkerheten omkring uttalelsen i forarbeidene og fraværet av holdepunkter i teorien, medfører at vi må vente til problemstillingen reises i forvaltnings- eller rettspraksis før videre retningslinjer kan oppstilles.

3.2.2.2 Tilbakekall av samtykke

Forarbeidene og Løchen (2003) legger til grunn at forbrukeren står fritt til å tilbakekalle eller begrense et samtykke. Av kravet til informert samtykke følger det at forbrukeren skal opplyses om dette før samtykke avgis. En fri og ubegrenset rett til tilbakekall vil være urimelig for avsenderen i de tilfeller der samtykke er gitt mot en fordel. Retten til tilbakekall i disse tilfellene vil det være mer naturlig å løse ut i fra et avtaleperspektiv. Tilbakekallet bør derfor kombineres med en tilbakeføring av fordelene for å bli virkningsfullt. Ønsker forbrukeren å beholde fordelene, bør retten først inntre når avsender har fått sendt det avtalte antall markedsføringshenvendelser.

3.2.2.3 Aktivt og individuelt samtykke

Forarbeidene forutsetter at bestemmelsen krever et aktivt samtykke fra forbrukeren. Formuleringer av typen: “Du anses å ha gitt oss samtykke, med mindre du gir oss beskjed om det motsatte innen...”, vil derfor ikke være grunnlag for et gyldig samtykke. Det kan stilles spørsmål til hvor langt en skal strekke dette forbudet mot passivitet. I eksempelet over er det en avkryssningsrute. Ved kjøp av varer og tjenester over internett, er det normalt at forbrukeren må bekrefte visse avtalevilkår. Inntas en forespørsel om samtykke, eventuelt med en forhåndsutfylt avkryssningsrute, vil det utad se ut som forbrukeren har samtykket. Forespørsler om et slikt samtykke er et relativt nytt fenomen og forbrukeren kan tro han bekrefter “vanlige” avtalevilkår, og følgelig ikke ha faktisk kunnskap til samtykke før markedsføringshenvendelsen mottas.

Spørsmålet om en slik praksis skal rammes av kravet til et aktivt, eller eventuelt frivillig, samtykke er verken kommentert i forarbeidene eller teorien. Det er heller ingen praksis vedrørende dette. Før slik praksis foreligger, vil kun reelle hensyn kunne være behjelpelig for avgrensningen. Bevisbyrden vil, som nevnt over, ligge hos avsender og en praksis med tomme avkrysningsruter vil medføre at avsender slipper å føre ytterligere bevis for at samtykke foreligger. Spørsmålet er tvilsomt, men en slik praksis vil være tryggere for avsender selv om det er en fare for at antall samtykke vil reduseres.

Det er antatt at personopplysningsloven stilles krav om et individuelt samtykke etter pol § 8, jfr § 2 nr 7.⁵⁰ Arbeidsgivere, universitetsledelsen og lignende kan derfor ikke avgi et kollektivt samtykke på vegne av arbeidstakere eller studenter. Lovgivers uttrykkelige henvisning til personopplysningslovens samtykkekrav taler for at avgivelse av kollektivt samtykke også er uforenelig med mfl § 2 b.

3.2.2.4 Samtykke fra barn

Problemstillingen om barn kan samtykke i å motta markedsføringshenvendelser er meget aktuell ettersom markedsføring rettet mot barn er et økende fenomen.

Forarbeidene til mfl § 2 b kommenterer ikke denne problemstillingen.

Personopplysningsloven har ingen uttrykkelig regel om fra hvilket tidspunkt barn kan overta ansvaret for å gi et selvstendig samtykke. Myndighetsalder vil derfor være det naturlige utgangspunkt, men det er mange unntak fra dette.⁵¹ Markedsføringsloven har ingen regler når det gjelder barn, og det er derfor heller intet forbud mot å rette markedsføring mot denne gruppen generelt. En må derfor gå utfra at det ikke kan stilles noe krav om myndighetsalder for å avgi samtykke til markedsføringshenvendelse etter mfl § 2 b.

I forarbeidene til mfl § 1 første ledd ble det imidlertid lagt til grunn at det vil kunne stilles strengere krav ved markedsføring ovenfor barn enn ellers.⁵² Dette taler for at barn

⁵⁰ Jfr Johansen m.fl 2001 på side 76 og Schartum og Bygrave 2003 kapittel 4.7.2.2.

⁵¹ Se for eksempel lov om vergerav 22. april 1927 nr. 3 §32, der 15-åringer kan inngå arbeidskontrakt.

⁵² Jfr. Ot. Prp. nr. 70 (1995-1996)

kan samtykke til markedsføringshenvendelser, men at kravene til samtykke skjerpes proporsjonalt med barnets alder og modenhet. I forhold til kravet om frivillighet kan det derfor argumenteres for at den næringdrivende ikke skal kunne lokke barn med fordeler mot avgivelse av samtykke. Markedsrådets vedtak MR-2001-9 støtter opp om en slik forståelse. Her uttales det at barns "...påvirkelighet og manglende erfaring må beskyttes mot kommersiell utnyttelse."⁵³ Manglende erfaring kan også medføre at barn ikke har den samme evnen som voksne til å se rekkevidden av det samtykke de avgir. De argumenter jeg har anført over for et lempligere krav til informasjon ved avgivelse av samtykke etter markedsføringsloven i forhold til personopplysningsloven, vil derfor ikke gjøre seg gjeldende ovenfor markedsføring mot barn.

3.2.3 Andre krav til markedsføringshenvendelsen

Bestemmelsen i § 2 b må ses i sammenheng med lovens regler som tar sikte på å regulere markedsføring generelt. Disse bestemmelsene gjelder uavhengig av kommunikasjonsmetode og er nødvendigvis ikke utformet med tanke på elektronisk kommunikasjon. Jeg vil her prøve å problematisere hvordan disse bestemmelsene setter krav til markedsføringshenvendelser via e-post.

Markedsføringsloven § 1 fjerde ledd:

"All markedsføring skal utformes og presenteres på en slik måte at den tydelig fremstår som markedsføring. Ved muntlig markedsføringshenvendelse til en forbruker skal en næringsdrivende straks presentere seg og opplyse forbrukeren om at henvendelsen skjer i markedsføringshensikt."

Bestemmelsen reiser i hvert fall en problemstilling i forhold til markedsføring via e-post. Er det tilstrekkelig at henvendelsen innledes med informasjon om at det gjelder markedsføring og hvem den er fra, eller må denne informasjonen fremgå i tittelfeltet? Den praktiske konsekvens for forbrukeren er at han, etter det første alternativet, må

⁵³ Se også Markedsrådets vedtak MR-2000-1 og MR-1999-1 som anfører tilsvarende hensyn.

åpne e-posten for å stadfeste at henvendelsen gjelder markedsføring. Det andre alternativet gir forbrukeren muligheten til å vurdere om e-posten skal åpnes eller slettes den på bakgrunn av informasjonen i tittelfeltet.

Bestemmelsen kom inn i markedsføringsloven samtidig med § 2 b, så departementet hadde muligheten til å kommentere problemstillingen i forarbeidene. Av ukjent grunn er dette imidlertid ikke berørt. Bestemmelsens annet punktum om muntlige henvendelser kan gi rettledning. Forarbeidene begrunner denne regelen med at "...forbrukeren på bakgrunn av opplysningene kan avgjøre om vedkommende vil fortsette samtalen eller ikke." Forbrukeren skal med andre ord gis et valg før han utsettes for selve markedsføringen, som normalt vil være et forsøk på påvirkning. Ved markedsføringshenvendelser via e-post vil denne påvirkningen av forbrukeren ofte begynne i det e-posten åpnes, gjennom visuelle inntrykk utover ren tekst. Overføres prinsippet ved muntlig markedsføring til e-postmarkedsføring, medfører dette et krav om at henvendelsen skal kunne identifiseres som markedsføring før posten åpnes. Hvilket i praksis vil si i tittelfeltet.

De nordiske forbrukerombudene har i sine retningslinjer⁵⁴ lagt til grunn en slik forståelse av § 1 fjerde ledd. En slik forståelse av bestemmelsen har åpenbart gode grunner for seg. Det er imidlertid merkelig at departementet, i de samme forarbeidene som behandler markedsføring via e-post, ikke har kommentert denne problemstillingen. Det kan også føres argumentasjon for at muntlig markedsføring har den største påvirkningskraften og at forbrukerne her trenger et sterkere vern enn ved andre kommunikasjonsmetoder.

En fornuftig løsning på denne problemstillingen må være å stille som krav at den næringsdrivende identifiserer hvem som er avsenderen og at henvendelsen inneholder markedsføring i tittelfeltet. En slik forståelse av bestemmelsen korensponderer også godt med uttalelser i forarbeidene til den ennå ikke vedtatte lov om elektronisk handel.⁵⁵

⁵⁴ Jfr "De nordiske forbrukerombudenes standpunkter til handel og markedsføring på Internett", oktober 2002. Retningslinjene finnes på Forbrukerombudets hjemmeside: <www.forbrukerombudet.no>

⁵⁵ Jfr Ot. Prp. nr 31 (2002-2003) kapittel 16, merknader til § 9 første ledd og Innst. O. nr 75 (2002-2003) lovforslagets § 9. Loven er en del av implementeringen av

3.2.4 Omgåelse av kravene i markedsføringsloven

3.2.4.1 Tips en venn

Tips-en-venn-funksjonen er en generisk funksjonalitet i nettet som finnes hos e-post-klienter og webbservere, og som gjør det mulig for forbrukere å videresende informasjon til andre forbrukere. Problemstillingen her er om det at næringsdrivende stiller denne funksjonen til rådighet for forbrukere på sin hjemmeside, kan likestilles med en markedsføringshenvendelse direkte fra den næringsdrivende. Alternativt om det skal betraktes som om en forbruker sender informasjon til en annen forbruker, og at handlingen derfor faller utenfor markedsføringsloven.

Markedsrådet har behandlet denne problemstillingen i sak MR-2001-5. Saken gjaldt hvorvidt CoShopper AS' "tips en venn"-funksjon var i strid med markedsføringsloven § 1. Funksjonen var tatt i bruk før § 2 b var trådt i kraft, mens vedtaket ble truffet etter ikrafttreddelsen. Markedsrådet behandler derfor saken etter generalklausulen i § 1, men har også noen interessante bemerkninger til § 2 b.

Markedsrådet kom til at § 2 b ikke får generell anvendelse på "tips en venn"-funksjonen. Begrunnelsen ble hentet i forarbeidene til bestemmelsen der departementet uttaler at bestemmelsen bare får anvendelse i de tilfeller "hvor en næringsdrivende tar initiativet og aktivt sender ut markedsføringshenvendelser...". I Markedsrådets uttalelse om at bestemmelsen ikke får "generell anvendelse" på "tips en venn"-funksjonen, følger det motsetningsvis at konkrete tilfeller vil kunne rammes. Departementet nevner "tips en venn"-funksjonen som et tiltak, som ut fra en konkret vurdering, kan tenkes å være en omgåelse som rammes av bestemmelsen.

Markedsrådet viste videre til Stortingskomiteens⁵⁶ uttalelser om at konsekvensene av å la bestemmelsen omfatte "tips en venn"-funksjonen ikke er godt nok utredet, og dette

⁵⁶ Jfr Innst. O. nr 19 (2000-2001)

må vurderes på et senere tidspunkt. Ettersom lovgiver ikke har fastslått om konseptet skal lovreguleres, mente Markedsrådet at problemstillingen måtte løses etter generalklausulen i § 1. Dette medførte at "tips en venn"-funksjoner forbys der de fremstår som urimelige i forhold til forbrukeren eller strider mot god markedsføringsskikk.

Ved denne vurderingen måtte en se hen til momentene i bestemmelsens tredje ledd, der vurderingstema var om markedsføringen fremsto som "særlig påtrengende".

Markedsrådet gikk deretter inn i en konkret vurdering av ulike momenter ved CoShopper AS' "tips en venn"-funksjon, som påvirker vurderingen av om den skal anses "særlig påtrengende". Disse momentene kan ikke ses på som vilkår for når en slik funksjon er lovlig. På den annen side kan de ses på som retningslinjer for en generell vurdering av "tips en venn"-funksjonen.

Markedsrådet la vekt på at funksjonen innebar beskjedne kostnader for forbrukeren og skjedde i et relativt lite omfang, hvilket gjorde at den ikke kunne likestilles med masseutsendelse av e-post reklame. Den medførte ingen registrering av de opplysninger som ble gitt. Selv om forbrukeren ikke generelt kunne reservere seg mot disse henvendelsene, var det mulig å legge inn sperre mot mottak av reklame fra næringsdrivende som baserte seg på konseptet. Tipseren mottok ikke noen direkte godtgjørelse.

Dette siste momentet er også trukket frem i retningslinjene fra de nordiske forbrukerombudene og vil kanskje være det viktigste. Der tipseren mottar direkte godtgjørelse, vil det være naturlig at antall tips øker. Noe som igjen får innvirkning på momentene om kostnad og omfang. Slik godtgjørelse vil kunne være rabatt, gratis varer eller tjenester, deltakelse i premierte konkurranser eller andre fordeler.

Hovedargumentet for å tillate "tips en venn"-funksjonen er at den er en naturlig del av Internett. Så lenge tipserens incitament for videresendelse er å formidle informasjon til kjente han tror vil ha interesse av den, ivaretas formålet bak reglene i markedsføringsloven. Der tipserens incitament for videresendelse er å oppnå en fordel fra den næringsdrivende, vil det derimot være mer nærliggende å betrakte ham som den næringsdrivendes hjelper eller "konsulent".

En annen ”tips en venn” variant vil også kunne ses på som en omgåelse av samtykkekravet. Mottakeren av en markedsføringshenvendelse som tilfredsstiller kravene i mfl § 2 b, kan forholdsvis enkelt videresende henvendelsen. Dette krever kun en angivelse av en annens e-postadresse og et trykk på “videresend”. Denne situasjonen skiller seg fra den over ved at den næringsdrivende har en mer aktiv rolle i utsendelsen. Formålet bak mfl § 2 b tilsier at også slike videresendelser bør være i strid med markedsføringsloven der den næringsdrivende premierer videresendelsen.

Markedsrådet nevner som et moment at det ikke foreligger noen registrering eller lagring av opplysningene ”tipseren” oppgir. Henvendelser på bakgrunn av ”tips en venn”-funksjoner som innebærer en slik registrering eller lagring vil kunne omfattes av personopplysningsloven, jfr pol § 11, jfr § 8. Dermed kan det være at utsenderen e-posthenvendelsen må ha mottakerens samtykke, selv om mfl § 2 b ikke skulle komme til anvendelse, jfr problemstilling og drøftelse nedenfor under punkt 3.3.

3.2.4.2 Løpende kundeforhold

Det kan stilles spørsmål om den næringsdrivende må innhente samtykke fra forbrukere som den næringsdrivende allerede har et kundeforhold til. Spesielt der kundeforholdet er etablert over Internett og kommunikasjonen foregår via e-post. Tidsnød kan også medføre at vanlig postgang ikke vil være tilstrekkelig hurtig og at den næringsdrivende derfor ønsker å kontakte kunden via e-post.

Markedsføringshenvendelser kamuflert som “kundeinformasjon” er, som nevnt over under 3.2.2, betinget av samtykke. Av forarbeidene⁵⁷ fremgår det at plikten til å innhente samtykke i utgangspunktet også gjelder der det er all grunn til å tro at forbrukeren ville ha samtykket til henvendelsen. Det kan forekomme tilfeller der ytterligere hensyn taler for et unntak fra samtykkekravet. Forarbeidene nevner næringsdrivendes lovpålagte opplysningsplikt eller annen lojalitetsplikt i

⁵⁷ Jfr Ot. Prp. Nr 62 (1999-2000) punkt 3.3.10

kontraktsforhold. Det er svært få argumenter i praksis og teori, som belyser denne problemstillingen. Av forarbeidene fremgår det at unntak kan vurderes der “lojalitetsplikt i kontraktsforhold eller annen nøktern ivaretagelse av en annens interesser tilsier at man tar kontakt”. Dette eksemplifiseres i forarbeidene ved at en bank tar kontakt med kunden angående et innskudd som snart foreldes. Den næringsdrivende har med andre ord kunnskap om forhold som vil få en negativ konsekvens for forbrukeren, og en henvendelse vil kunne avhjelpe dette. I slike situasjoner vil, så langt jeg kan se, den næringsdrivende ha en rettslig plikt til å underrette forbrukeren. Med “tilsier” kan det synes som departementet legger til grunn en forholdsmessighetsvurdering, der vurderingstema er om den negative konsekvensen av at den næringsdrivende ikke tar kontakt, er større for forbrukeren, enn de negative aspekter av å motta uanmodet henvendelse via e-post. Dette vil kunne være tilfelle der en bilforhandler kontakter bilkjøpere av en bestemt type bil, med informasjon om at bilen har en alvorlig defekt og at bilen må til reparasjon snarest.

En slik forståelse av bestemmelsen vil ikke undergrave formålet om å motvirke masseutsendelse av e-post i markedsføringsøyemed. Dette er selvsagt betinget av at den næringsdrivende begrenser seg til den nødvendige informasjon, og ikke benytter seg av anledningen til å reklamere for andre varer eller tjenester. Den næringsdrivende bør, som nevnt over, heller ikke ha praktisk mulighet til å bruke andre kommunikasjonsmetoder enn de i § 2 b nevnte.

Annerledes vil det nok stille seg der den næringsdrivende ikke har en rettslig plikt, men forbrukeren likevel ville kunne få en fordel av henvendelsen. Et eksempel på et slikt tilfelle er der en teleoperatør introduserer et nytt abonnement Y og alle kunde med abonnement X ville fått reduserte utgifter ved å bytte abonnement. Slike henvendelser ville fremstå som markedsføring, selv om det kan argumenteres for at det er hensyn som “tilsier” at den næringsdrivende tar kontakt. En presentasjon av nye varer og tjenester vil nok alltid falle inn under kjerneområdet av bestemmelsen, og den næringsdrivende må respektere kravet til samtykke for å markedsføre via e-post.

3.3 Personopplysningsloven

Lovens bestemmelser gjelder behandling av opplysninger som direkte eller indirekte kan knyttes til fysiske personer. EMK art 8 verner om privatlivets fred og retten til å være i fred når det gjelder personlige forhold. Personopplysningsloven bygger på og ivaretar prinsippene i denne bestemmelsen. Dette fremgår tydeligst av lovens § 1, som slår fast at formålet med loven er å "...beskytte den enkelte mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger...", "...herunder behovet for personlig integritet, privatlivets fred og tilstrekkelig kvalitet på personopplysninger."

Spesielt hensynet til privatlivets fred vil stå sentralt i forhold til henvendelser via elektronisk post⁵⁸. Det saklige virkeområdet for personopplysningsloven omfatter manuell behandling av personopplysninger i et personregister, samt all behandling av personopplysninger som skjer helt eller delvis ved hjelp av elektroniske hjelpemidler, jfr pol § 3. Elektronisk post vil derfor falle inn under lovens virkeområde.

Bestemmelsene i loven vil ikke gjelde markedsføringshenvendelser som reguleres etter markedsføringsloven. Dette følger direkte av pol § 5 og for så vidt av lex specialis prinsippet i norsk rett.

3.3.1 Presisering av problemstilling

Problemstillingen i dette kapittelet er om og hvordan bestemmelsene i personopplysningsloven regulerer henvendelser via elektronisk post. Det vil bli drøftet hvorvidt og i hvilken grad bestemmelsene får anvendelse på selve utsendelsen av henvendelsen og på de bakenforliggende handlinger som medvirker til at henvendelsen kan sendes.

⁵⁸ Jfr ovenfor under punkt 2

For det første er en forespørsel om samtykke til å motta markedsføringshenvendelse etter mfl § 2 b betinget av at forbrukeren gir fra seg opplysninger⁵⁹. For det andre vil noen henvendelser ikke reguleres av mfl § 2 b. Grunnen til dette kan være at de er sendt utenfor næringsvirksomhet, til næringsdrivende eller ikke er en markedsføringshenvendelse, jfr ovenfor under punkt 3.2.1. For det tredje vil avsenderen kunne ha kunnskap om mottagerens forhold som kan påvirke om henvendelsen skal sendes eller hvordan den skal utformes. Personopplysningsloven har en egen bestemmelse i § 21 som stiller visse krav til bruken av slike opplysninger (personprofiler).

Det grunnleggende vilkåret for at personopplysningsloven får anvendelse i forhold til e-posthenvendelser, er at henvendelsene innebærer en behandling av personopplysninger. Jeg vil derfor under punkt 3.3.2 redegjøre for hvilke opplysninger som betraktes som personopplysninger etter pol § 2 nr 1. Herunder i hvilken grad e-postadresser omfattes av begrepet. Under punkt 3.3.3 vil jeg redegjøre for hva som ligger i behandlingsbegrepet i pol § 2 nr 2, og hvem som betraktes som behandlingsansvarlig etter pol § 2 nr 4. Lovens vilkår for behandling av personopplysninger vil bli behandlet under punkt 3.3.4. Her vil jeg også se på hvilke virkninger disse vilkårene får for de enkelte typetilfeller av henvendelser.

3.3.2 Er en e-postadresse en personopplysning?

I følge lovens legaldefinisjon i § 2 nr 1 er personopplysning ” opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson”. Opplysninger om seg selv som en forbruker gir til en næringsdrivende i forbindelse med avgivelse av samtykke (jfr Nycomedeksempelen) kan knyttes til forbrukeren og omfattes dermed direkte av personopplysningsbegrepet.

⁵⁹ Jfr. Nycomedeksempelen i vedlegget

Problemstillingen jeg ønsker å reise i dette avsnittet er om en e-postadresse i seg selv er en personopplysning.

I tråd med personverndirektivet gjelder ikke loven juridiske personer. Adresser som post@firma.no er derfor i utgangspunktet ikke en personopplysning. Der adressen tilhører et enkeltmannsforetak kan det oppstå avgrensningsvanskeligheter. Jeg vil belyse dette spørsmålet ytterligere under punkt 3.3.4.

Opplysninger som direkte kan knyttes til en fysisk person faller klart innenfor bestemmelsen. Denne personen betegnes i loven som den registrerte, se pol § 2 nr 6. Navn og opplysninger som direkte knyttes til en navngitt person er typisk eksempler. E-postadresser med fullt navn, som ola.nordmann@statoil.no, vil derfor klart omfattes av loven.

I begrepet ”kan knyttes til” ligger det at også opplysninger, som indirekte identifiserer en enkelt person, regnes som personopplysninger.⁶⁰ Det er intet krav om at identifiseringen er foretatt.⁶¹ Muligheten for identifisering kan være nok. Enhver teoretisk mulighet er imidlertid ikke nok. Hvor mye arbeid som må nedlegges for å identifisere personen avhenger av arten av opplysning. Hvor mye som må til for at det skal foreligge en personopplysning er avhengig av det konkrete tilfelle.

Personverndirektivet uttaler i fortalens punkt 26 at alle hjelpemidler som ”...med rimelighed kan tænkes bragt i anvendelse for at identificere den pågældene...” skal tas i betraktning. Ved tolkningen av ”rimelighed” er det naturlig å se hen til formålsbestemmelsen. Schartum og Bygrave (2003)⁶² uttaler om dette at; ”desto mer alvorlig de mulige følgene for personvernet antas å kunne bli (...) ,desto større innsats vil bli akseptert”. Hvor stor arbeidsinnsats som må nedlegges er avhengig av hvem som må foreta identifiseringen. Må den behandlingsansvarliges foreta identifikasjon før opplysningen kan anses å være en personopplysning, eller vil også andres identifikasjon medføre at det foreligger en personopplysning? Personverndirektivets fortalens punkt 26 uttaler at identifikasjonen kan foretas ”...enten af den registeransvarlige eller af

⁶⁰ Jfr. Ot. Prp. nr. 92 (1998-1999) på side 101.

⁶¹ Jfr. Ot. Prp. nr. 92 (1998-1999) på side 101.

⁶² Jfr. Schartum og Bygrave Personvern og personopplysningsvern punkt 4.3.4.2.

enhver anden person...” indikerer at også andres identifikasjon kan legges til grunn. Legges denne forståelsen til grunn vil verneområdet for personopplysninger bli vesentlig større enn om en baserer seg på et prinsipp om at identifikasjonen må foretas av den behandlingsansvarlige. Spørsmålet er derfor omdiskutert. Forarbeidene kan imidlertid tolkes dithen at det i norsk rett er nok at identifikasjonen skjer av andre enn den behandlingsansvarlige.⁶³

I forhold til e-postadresser vil denne avgrensningen være relevant. Normalt vil en behandling av e-postadresser ikke medføre alvorlige inngrep i personvernet. De henvendelser jeg behandler her vil i relativt liten grad gripe inn i privatlivets fred⁶⁴, men som eksemplifisert under punkt 3.3.4(jfr. Nazist organisasjonen) vil unntak kunne forekomme.

Næringsdrivendes e-postadresser vil kunne inneholde kun fornavn, etternavn eller initialer, samt firmanavn. Det vil kunne være flere mulige brukere av adressen ola@statoil.no. Det vil også være usikkerhet hvem som er brukeren av adresser fra gratis web-baserte e-post-tjenester, som hotmail, yahoo, online osv. Slike tjenester gir brukeren muligheten til å registrere og bruke e-postadresser uten at adresseutformingen gir noen indikasjon av hvem adressen tilhører. Hvor mye arbeidsinnsats som skal til for å identifisere brukerne av slike adresser vil variere. Hvem adressen er registrert under vil ha innvirkning der adressen har flere brukere. For adresser knyttet til næringsdrivende vil det ha betydning hvorvidt disse er registrert i tilgjengelige register, som for eksempel ”Gule sider”. Det omdiskuterte spørsmålet om hvem som må stå for identifikasjonen, den behandlingsansvarlige eller andre, vil være avgjørende for om slike adresser er personopplysninger. Spesielt gjelder dette adresser fra gratis web-baserte e-post-tjenester, ettersom det i utgangspunktet kun er tjenesteleverandøren som har tilgang til den registreringen opprettelsen er betinget av. Legger en til grunn at andre

⁶³ Jfr. NOU 1997: 19 side 131-132 Det uttales her at slike anonymiserte opplysninger kan være personopplysninger, dersom det finnes referanser som gjør identifisering mulig. I den forbindelse henvises det til de svenske forarbeidene SOU 1997: 39, som bruker et eksempel der ”en som leverer tjenester via Internett registrerer en anonym elektrisk identitet som bare kan knyttes til en identifiserbar enkeltperson dersom man har tilgang til opplysninger som vedkommendes Internettleverandør sitter inne med”.

⁶⁴ Se punkt 2 hvor jeg redegjør for i hvilken grad henvendelser via e-post griper inn i privatlivets fred.

enn den behandlingsansvarlige kan foreta identifikasjon, vil slike adresser dermed være personopplysninger. Setter en som vilkår at det er den behandlingsansvarlige som må foreta identifikasjonen, er det derfor grunn til å tro at disse adresser generelt ikke kan anses som personopplysninger etter pol § 2 nr 1.

3.3.3 Hva er behandling av personopplysninger?

Personopplysningsloven gjelder, som nevnt i innledningen av dette kapitlet, all elektronisk behandling av personopplysninger. Så lenge behandlingen helt eller delvis skjer ved hjelp av elektroniske hjelpemidler, stilles det ingen krav til hvordan opplysningene er organisert. Manuelt arbeid i tilknytning til den automatiserte behandlingen vil derfor være omfattet av loven. Overføringen av e-postadresser fra papir til elektronisk hjelpemiddel er et eksempel på slikt manuelt arbeid.

Problemstillingen er her om de handlinger som ligger bak en henvendelse via e-post, utgjør ”behandling” i personopplysningslovens forstand. Handlinger, som av faktiske grunner må ligge bak henvendelsen, er innsamling av e-postadresser, lagring av disse og deretter utsendelse av informasjon til disse. I tillegg vil e-postadressene kunne sammenstilles med andre opplysninger om den registrerte. Slik kobling av personopplysninger vil lett føre til at bestemmelsen i pol § 21 om personprofiler kommer til anvendelse, jfr nedenfor under. Videreformidling i form av salg av e-postadressene vil også kunne forekomme. Den økende bruk av e-post som kommunikasjonsmetode, har resultert i at næringsdrivende livnærer seg på innsamling og salg av e-postadresser. Dette aspektet vil i liten grad behandles her. Jeg vil her konsentrere meg om de tre først nevnte handlinger.

Behandlingsbegrepet er definert i pol § 2 nr 2 som ”enhver bruk” av personopplysninger. Bestemmelsen har videre en liste over eksempler på bruk som innebærer behandling. Både innsamling og lagring av opplysninger forekommer på denne listen. ”Bruk” gis således et videre innhold enn en ren ”utnyttelse” av opplysningene. Når det gjelder utsendelse av informasjon til e-postadresser er ikke dette nevnt blant eksemplene, men dette kan ikke være avgjørende da listen ikke er ment å

være uttømmende.⁶⁵ Utsendelsen kan nok ses på som en utlevering av personopplysninger, men det er nok utgivelse til andre enn den registrerte det her er tenkt på. Det avgjørende må være om handlingen kan sies å utgjøre ”enhver bruk” sett i forhold til formålsbestemmelsen i pol § 1. E-posthenvendelser vil, som det fremgår over under punkt 2, kunne virke forstyrrende på privatlivets fred. Formålet med innsamling og lagring av e-postadresser vil være å benytte adressen til utsendelse. En utsendelse fordrer også at e-postadressen samles inn og lagres. Det vil derfor være lite formålstjenlig å ikke betrakte også selve utsendelsen som en behandling. Det er nettopp dette som normalt vil bli betraktet som den naturlige bruken av en e-postadresse.

Den behandlingsansvarlige etter pol § 2 nr 4 er ”den som bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke hjelpemidler som skal brukes.” I forhold til den behandling av personopplysninger som omtales i avhandlingen her, vil det sjelden by på problemer å fastlegge hvem som er den behandlingsansvarlige. Jeg vil derfor ikke problematisere dette ytterligere.

3.3.4 Vilkår for behandling av personopplysninger

Personopplysningsloven oppstiller grunnkrav for behandling av personopplysninger. Den behandlingsansvarlige skal, etter pol § 11 første ledd litra a, kun behandle personopplysninger når dette er tillatt etter § 8 og § 9. Disse bestemmelsene oppstiller de grunnleggende vilkår eller de nødvendige rettslige grunnlag for når behandling av personopplysninger (§ 8) og sensitive personopplysninger (§ 9) er lovlig. Hva som anses som sensitive personopplysninger fremgår av § 2 nr 8.⁶⁶ En e-postadresse vil for de fleste tilfeller ikke betegnes som sensitiv og en nærmere drøftelse av dette vil ikke føres her. Jeg vil knytte bemerkninger til når en slik adresse vil kunne anses sensitiv ved de konkrete tilfeller nedenfor.

⁶⁵ Jfr. Ot. prp. nr 92 (1998-1999) side 102

⁶⁶ For en nærmere fremstilling av hvilke personopplysninger som anses å være sensitive etter personopplysningsloven, se Johansen m.fl 2001 på side 104-113 og Schartum og Bygrave 2003 kapittel 4.3.6

Bestemmelsen i § 8 innebærer at det må foreligge samtykke fra den registrerte, lovhjemmel eller behandlingen er nødvendig etter en de nevnte formål listet i litra a til f. Jeg vil i det følgende problematisere hvorvidt disse rettslige grunnlag foreligger eller må oppnås for den behandlingen av personopplysninger henvendelser via e-post medfører.

3.3.4.1 Opplysninger gitt i forbindelse med samtykke til markedsføringshenvendelser etter mfl § 2 b.

Forbrukeren, vil ved avgivelsen av samtykke til mottagelse av markedsføringshenvendelser, også gi fra seg personopplysninger i form av e-postadresse til den næringsdrivende. (Sammenlign figuren ovenfor under 3.1.) Til tider vil forbrukeren også gi fra seg andre personopplysninger. (Sammenlign Nycomedeksempelet) Den næringsdrivende blir dermed den behandlingsansvarlige etter pol § 2 nr 4. Innsamlingen av personopplysningene krever derfor et rettslig grunnlag i pol § 8.

Det første grunnlag som kan tenkes å foreligge her, er at behandlingen er nødvendig for å oppfylle en avtale med den registrerte, jfr pol § 8 litra a. Forarbeidene nevner opplysninger for oppfyllelse av en kjøpsavtale som eksempel på anvendelsesområde for denne bestemmelsen. Forarbeiden uttaler imidlertid ikke at bestemmelsen kun omhandler slike avtaler.⁶⁷ Situasjonen jeg her behandler gjelder avgivelse av e-postadresse (og eventuelt andre opplysninger) for å få tilsendt markedsføringshenvendelse. Det er ingen hensyn som taler for at en slik avtale ikke skal omfattes av bestemmelsen. Hensynet til den registrerte tilsier at en slik avtale bør omfattes, ettersom han etterspurt markedsføringshenvendelsen. Det motsatte resultat ville kunne medføre at den registrerte ville måtte plages med enda forespørsel om samtykke. Den behandlingsansvarlige i Nycomedeksempelet er avhengig av e-postadressen for å kunne sende markedsføringshenvendelsen og de andre

⁶⁷ Jfr. Ot. prp. nr 92 (1998-1999) side 109.

personopplysningene er nødvendige for å kunne sende vareprøven i posten. Alle disse personopplysningene er derfor klart nødvendige for å oppfylle avtalen.

For det andre vil det avgitte samtykke til å motta markedsføringshenvendelser også kunne tilfredsstille de kravene til samtykke pol 2 nr 7 oppstiller for å gi fra seg opplysninger. Personopplysningene er avgitt frivillig, uttrykkelig og, så lenge opplysningene er nødvendige for å gjennomføre avtalen, vil den registrerte se formålet med at de avgis. Kravene til at samtykket skal være informert er dermed også oppfylt (jfr punkt 3.2.2). For de “nødvendige” personopplysningene vil det dermed foreligge dobbelt hjemmel for behandling.

For behandling av andre personopplysninger enn de som er nødvendige for oppfyllelsen av avtalen, må det rettslige grunnlag søkes i samtykke. I eksempelet over vil slike tilleggsopplysninger kunne være personnummer, høyde, vekt eller lignende. Dette reiser problemstillingen om hvordan den behandlingsansvarlige må utforme samtykkeerklæringen for at samtykke skal dekke kravene i pol 2 nr 7. Samtykke må, som nevnt ovenfor under punkt 3.2.2, være frivillig, uttrykkelig og informert. Det er særlig innholdet i og rekkevidden av det siste kravet som aktualiseres ved slike tilleggsopplysninger. Den registrerte må få tilstrekkelig informasjon om formålet med at tilleggsopplysningene samles inn, for at samtykket skal dekke også disse opplysningene.

3.3.4.2 Henvendelser som faller utenfor virkeområdet av mfl § 2 b.

Det er vanskelig å oppstille noen generelle regler for hvilke henvendelser som faller utenfor markedsføringsloven. Behandlingen over under punkt 3.2.1 kan imidlertid gi noen utgangspunkter for hvilke typer av henvendelser som kan falle utenfor. Markedsføringshenvendelser til næringsdrivendes e-postadresse som ikke kan sies å være rettet mot forbrukere, ideelle organisasjoners innsamlingsaksjoner via e-post og henvendelser i forbindelse med markedsundersøkelser, er slike typetilfeller.

Disse henvendelsene kan etter markedsføringslovens regler sendes uten mottagers samtykke. I dette kapittelet er problemstillingen om personopplysningsloven pålegger et samtykke for utsendelsen eller om henvendelsen lovlig kan sendes på annet grunnlag. Dette grunnlag må således hentes i pol § 8 litra a til f. Det mest nærliggende er å se hen til det siste alternativet i pol § 8, da de øvrige ikke synes å kunne gi slikt grunnlag.

Bestemmelsen i pol § 8 litra f stiller som vilkår at behandlingen er “nødvendig for at den behandlingsansvarlige (...) kan vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interesse.” Etter bestemmelsens ordlyd skal det således foretas en forholdsmessighetsvurdering, der den behandlingsansvarliges nødvendighetsgrunner må veie tungere enn inngrepet i den registrertes personvern.

Inngrepet i den registrerte vil normalt bestå av den forstyrrelse av privatlivets fred en mottagelse av e-post medfører, samt det inntrykk forbindelsen med avsenderen vil kunne skape hos andre. Den behandlingsansvarliges interesse består normalt av å forformidlet sitt budskap ut til mottagere av e-posten. Hvilken styrke de ulike interesser har vil variere av hvem som er avsender, hva som sendes og hvem som er mottager.

Jeg vil gjennom tenkte eksempler illustrere noen ytterpunkter. En henvendelse fra Røde Kors med oppfordring om å støtte en hjelpeaksjon for en akutt sultkatastofi i Sudan, vil neppe føles som et grovt inngrep i mottagers personvern. Samtidig vil utsenders interesser i å få formidlet sitt budskap være sterke. En henvendelse fra en nasistisk organisasjon med oppfordring om å bli medlem i organisasjonen, vil nokfor det store flertall føles som et relativt stort inngrep. I hvertfall hvis mottagerenes e-postadresser fremgår i henvendelsen, slik at en umiddelbart assosieres med utsenderen.

I forhold til markedsføringshenvendelser til næringsdrivende, består avsenderen interesse i å få markedsføre overfor næringsdrivende via e-post i forhold til andre kommunikasjonsmetoder. Hvor sterk denne interessen er vil variere noe i forhold til det at noen virksomheter kun opererer på Internett. Ved forholdsmessighetsvurderingen mener jeg det bør trekkes opp en grense etter hvor aggressiv markedsføringen er. Et moment må være om det gis mulighet til å si seg frabedt ytterligere henvendelser på en enkel og oversiktlig måte. Der den første markedsføringshenvendelsen er en nøytral forespørsel om å motta videre markedsføring, mener jeg hensynet til mottakeren ikke

overstiger avsenderens interesse. Som nevnt over vil imidlertid vurderingen avhenge av hvem som er avsender, hva som sendes og hvem som er mottager.

3.3.5 Den behandlingsansvarliges informasjonsplikt

Den behandlingsansvarlige plikter etter pol §§ 19 og 20 å informere den registrerte om hvem den behandlingsansvarlige er (litra a), formålet med behandlingen (litra b), om og eventuelt til hvem opplysningene vil bli utlevert til (litra c), at det er frivillig å gi fra seg opplysningene (litra d) og annet som gjør den registrerte i stand til å bruke sine rettigheter etter pol (litra e).

Personopplysningsloven § 19 pålegger informasjonsplikt når det innsamles opplysninger fra den registrerte selv og pol § 20 kommer til anvendelse der opplysningene samles inn fra andre enn den registrerte. Henvendelsene som behandles i dette kapittelet vil normalt utsendes på bakgrunn av e-postadresser samlet inn via Internett. Adressene kan samles inn fra den registrertes egen eller arbeidsgivers hjemmeside, databaser som "Gule Sider", eller lignende. Det kan stilles spørsmål om denne innsamlingen fra Internett skal anses å være fra den registrerte eller fra "andre". Informasjonsplikten etter de to bestemmelsene har det samme innholdet, slik at sontringen ikke er av praktisk interesse.

E-postadresser passer ikke godt inn i noen av bestemmelsene og det kan argumenteres for at informasjonsplikten derfor ikke foreligger. Det er imidlertid lovgivers intensjon at den registrerte skal opplyses om at hans personopplysninger er samlet inn. Det vil imidlertid virke mot formålet bak loven (jfr formålsbestemmelsen), hvis en pålegger den behandlingsansvarlige å sende en forutgående e-post før å oppfylle informasjonsplikten. Resultatet ville bli to henvendelser i stedet for en.

Den hensiktsmessige løsningen i disse tilfeller bør derfor være å stille krav til informasjonen i den henvendelsen som er formålet med innsamlingen. Henvendelsen skal derfor inneholde en angivelse av hvem som er behandlingsansvarlige og om formålet med behandlingen. Dersom den behandlingsansvarlige har til hensikt å

utlevere e-postadressen til andre, må det opplyses om til hvem. Den registrerte skal også gjøres oppmerksom på hvilke rettighet han har etter personopplysningsloven.

Personopplysningsloven § 21 utvider den behandlingsansvarliges informasjonsplikt der henvendelser til den registrerte er sendt på bakgrunn av personprofiler. Personprofiler er "...opplysninger som er sammensatt for å beskrive preferanser, adferd, behov, evner m v.".⁶⁸ Den behandlingsansvarlige skal, i tillegg til opplysninger etter pol §§ 19 og 20, opplyse om hvilke opplysningstyper som er anvendt (litra a) og hvor opplysningene er hentet fra (litra b).⁶⁹

3.3.6 Unntak for henvendelser med opinionsdannende formål

Personopplysningsloven § 7 oppstiller unntak fra en rekke bestemmelser i pol, også kravet om rettslig grunnlag i pol § 8. Bestemmelsen får anvendelse på "behandling av personopplysninger utelukkende for kunstneriske, litterære eller journalistiske, herunder opinionsdannende formål".

En kan stille spørsmål om hvilken innvirkning denne bestemmelsen har på reguleringen av e-posthenvendelser. Unntaket for opinionsdannende formål er det mest interessante av bestemmelsens alternativer i forhold til e-posthenvendelser. Forarbeidene uttaler opinionsdannende formål er mer vidtrekkende enn journalistiske formål.⁷⁰

Bestemmelsens har til formål å verne om ytringsfriheten. E-posthenvendelse av typisk holdningsskapende karakter er kjerneområdet for unntaket. Interesseorganisasjoners ytringer om samfunnsforhold for å verne om deres medlemmers interesser vil derfor falle inn under bestemmelsen.

⁶⁸ Jfr. NOU 1997:19 på side 148.

⁶⁹ Jeg går ikke inn i en nærmere drøftelse av hvilke opplysninger som faller inn under denne bestemmelsen. For en grundigere behandling av pol § 21, se Johansen m.fl 2001 og studentavhandlingen Informasjonsplikt ved bruk av personprofiler.

⁷⁰ Jfr. Ot. Prp. nr. 92 (1998-1999) på side 82.

Det må trekkes en grense mellom holdningsskapende ytringer og kommersiell markedsføring, ettersom ytringsfriheten ikke verner slik kommersielle markedsføring. Avgrensningen i pol § 7 av henvendelser med opinionsdannende formål mot markedsføringshenvendelser sammenfaller derfor med avgrensningen av markedsføringshenvendelser mot henvendelser som er vernet av ytringsfriheten i mfl § 2 b, jfr ovenfor under punkt 3.2.1.2.⁷¹

4 Avsluttende betraktninger

I innledningen av oppgaven stilte jeg spørsmålet om hvilke e-posthenvendelser som lovlig kan sendes til personer som ikke ønsker å motta slike henvendelser. Jeg vil i denne avsluttende vurderingen prøve å besvare dette.

Henvendelsens innhold og formål er i utgangspunktet det avgjørende for hvordan henvendelsen reguleres rettslig. Jeg vil derfor med ta for meg de mest praktiske typetilfellene av e-posthenvendelser, og vise hvordan markedsføringsloven og personopplysningsloven samlet regulerer disse.

Markedsføringshenvendelser er den typen henvendelse som er mest vanlig i dag. Ved vurderingen av slike henvendelser har oppgaven vist at det må trekkes en grense mellom forbrukere og næringsdrivende. Det er ikke lov å sende slike henvendelser til forbrukere. Dette er på ingen måte overaskende i forhold til at mfl § 2 b er innført med nettopp dette formål. Dette forbudet kan også hjemles i personopplysningsloven, ettersom e-postadressen anses som personopplysningsloven, og det ikke foreligger noe rettslig grunnlag for slike henvendelser i pol § 8. Det kunne eventuelt argumenteres for at markedsførere skulle ha grunnlag i pol § 8 litra f, men slikt grunnlag kan ikke sies å forligge. Problemstillingen er i alle tilfelle overflødig på grunn av markedsføringsloven.

⁷¹ For en grundigere fremstilling av bestemmelsens rekkevidde, se Aronsen, Karen Elise Haug. Personopplysningsloven § 7, publisert i Complex 11/02.

Ved vurderingen av henvendelser til næringsdrivende er imidlertid denne problemstillingen interessant, ettersom disse henvendelsene ikke reguleres av mfl § 2 b, jfr punkt 3.2.1.3. Personopplysningsloven § 11, jfr § 8 vil kunne forby markedsføring til næringdrivende og dermed utvide reguleringen av e-posthenvendelser i forhold til markedsføringsloven, jfr punkt 3.3.4.2.

Henvendelser vedrørende marked- og opinionsundersøkelser kan sendes lovlig til personer uten samtykke. Slike henvendelser omfattes verken av markedsføringsloven (jfr punkt 3.2.1.2) eller personopplysningsloven (jfr punkt 3.3.4.2). Tilsvarende gjelder for innsamlingsaksjoner, ettersom også disse henvendelsen faller inn under unntaket i pol § 8 litra f.

Henvendelser med formål om å belysning en aktuell samfunnsdebatt eller annen holdningsskapende art kan også sendes fritt til alle og enhver, jfr punktene 3.2.1.2 og 3.3.6.

5 Litteraturliste

Andersen, Mads Bryde.

IT-retten 1.utg.København 2001

Boe, Erik.

Innføring i juss, Juridisk tenkning og rettskildelære. Oslo 1993

Borcher, Erling og Bøggild, Frank.

Markedsføringsloven. København 2001

Eckhoff, Torstein.

Rettskildelære 4.utgave. ved Helgesen, Jan. Oslo 1997

Fleischer, Carl August.

Rettskilder og juridisk metode, Oslo 1998

Johansen, Michal Wiik, Kaspersen, Knut-Brede og Skullerud, Åste Marie Bergseng.

Personopplysningsloven Kommentarutgave Oslo 2001

Løchen, Torvald C og Grimstad, Amund

Markedsføringsloven Kommentarutgave, 7. utgave, Oslo 2003

Schartum, Dag Wiese og Bygrave, Lee A.

Personvern og personopplysningsvern. Oslo 2003

(<http://www.jus.uio.no/sekr/studieinformasjon/fagsider/spesialoppgave/retningslinjer>)

6 Vedlegg